

ANDEG-005-2022

Doctora

NATASHA AVENDAÑO GARCÍA

Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios

Director

MIGUEL ÁNGEL LOZADA URREGO

Director de Investigaciones

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios-SSPD

Carrera 18 No. 84 – 35

sspd@superservicios.gov.co

Bogotá D.C.

Asunto: Investigaciones administrativas Expedientes: Nos 2019240350600013E,
2019240350600014E y 2019240350600015E

Estimados Doctores:

Este documento tiene como único propósito aportar algunas consideraciones dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios que cursan ante la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios-SSPD identificados con los números del asunto. Entiende ANDEG que la deliberación procedimental, la valoración de las pruebas y, en general, los hechos puntuales materia de investigación, los cargos y los descargos contenidos en los expedientes son temas que competen y corresponden a la SSPD y a los sujetos procesales intervinientes; así, este escrito se centra en reconocer la acertada interpretación que de la regulación hizo la SSPD y en cuestionar como el solicitante de la investigación falta a la lealtad procesal y sustancial que debe mediar en las peticiones de investigación, pues, pareciera, que tienen como único objetivo la obtención de recursos económicos sin reparar en el daño que se puede ocasionar en la prestación del servicio eléctrico.

Dirección: Calle 100 # 8A – 49 Oficina 603, Bogotá D.C.

Tel: (571) 6228822 – 7450631

www.andeg.org

Consideraciones Generales

1. El incentivo económico busca la preservación de intereses colectivos.

En primer lugar, es menester informar que ANDEG reconoce que es válido y legítimo que se presenten solicitudes que se sustenten en el Numeral 12 del Artículo 79 de la Ley 142 de 1994, de hecho, los antecedentes de la ley informan el sentido y los objetivos de la norma y la Honorable Corte Constitucional, en casos análogos, se ha pronunciado al respecto¹. Lo cuestionable es la falta de responsabilidad en que se puede caer cuando las peticiones activan la competencia sancionatoria de la SSPD para lograr, exclusivamente, un lucro. La norma en cuestión establece la existencia de un "estímulo" precisamente para definir que el objetivo no puede ser el lucro en sí mismo, sino, la preservación de los intereses colectivos y, con mayor razón, cuando se trata de servicios públicos esenciales para la sociedad. Sorprende que no se observe en la petición de investigación que se busque lograr, por ejemplo, un mejor ambiente empresarial basado en el cumplimiento de la Constitución Política, la ley y la regulación, sino, la declaración de una sanción con argumentos endebles, rebuscados y carentes de un mínimo de análisis sobre el contenido y la evolución histórica de la regulación y, como efecto de ello, que se recompense a quien originó el procedimiento. Es relevante mencionar que el estímulo económico, como parte de las peticiones de investigación, se encuentra no solo en la ley 142 de 1994 sino en otras disposiciones legales y que, sobre ello, como ya se indicó, se ha ocupado la Honorable Corte Constitucional. En efecto, en la Sentencia C-630 de 2011 cuando se analizó la derogatoria legislativa de las normas que establecían un incentivo económico dentro de las acciones populares, en la sentencia (Numeral 8.2.1), la Corte estableció que la medida en tanto sea razonable y proporcional es constitucional. En ese sentido es claro que le incumbe al solicitante observar que su petición encaje en estas características. Pareciera, que la motivación principal de la solicitud de investigación descansa en: i) cuestionar el incumplimiento de una regulación que la SSPD demostró es inexistente y ii) en asumir que la

¹ En la sentencia C-459 de 2004, al revisar la constitucionalidad de los Artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, Numeral 6, Párrafo Tercero, parte final, se menciona que el estímulo, dentro de las Acciones Populares, es válido frente a la efectiva defensa de los derechos e intereses colectivos y culmina indicando que "*De suerte tal que, al tiempo que el demandante reporta un beneficio para sí, la sociedad misma se siente retribuida con la efectiva reivindicación de sus derechos e intereses colectivos*" subrayado fuera del texto original.

eficiencia en la prestación de un servicio se estructura en que sus costos sean los menores posibles, desconociendo, primero, que las empresas deben observar la regulación vigente, que la eficiencia económica es un concepto complejo y distinto, y, segundo, que existen otros conceptos que deben valorarse en conjunto tales como: la continuidad en la prestación de los servicios públicos, la suficiencia financiera, la eficiencia económica y la posibilidad de suscribir contratos dentro de los términos de la ley y la regulación para generar calidad, confiabilidad y disponibilidad del servicio. Pareciera, con el debido respeto que, en la solicitud de investigación, primó un interés particular sobre el general.

Adicionalmente, la petición de investigación desconoce el aporte que la generación térmica le da al sistema eléctrico. No se trata de enviar un mensaje en el sentido de que por su relevancia no son sujetos de investigación ni de la aplicación del artículo 79 de la ley 142 de 1994, la idea que se pretende desarrollar es que la generación térmica se rige por las disposiciones que emite la CREG y su vocación es de soporte de la prestación del servicio, luego, cualquier controversia sobre el comportamiento de los agentes debe considerar que su gestión es prioritaria y amerita un rigor jurídico enmarcado en esa prioridad.

2. La conducta de las empresas se debe valorar a la luz de la norma vigente y no en el interés individual de un peticionario de investigación.

En el Numeral 3.3.1.6 de las decisiones de archivo, la SSPD reconoce que algunas disposiciones regulatorias no tienen la actualización necesaria en virtud de los hechos que se extraen del cambio y dinamismo del mercado del gas natural. Es importante considerar que la Resolución 034 se expidió en el año 2001 y en este numeral se indica que: *"vimos como en el 2021 la regulación promovió un escenario eficiente, a través de la implementación de un Precio de Reconciliación Positiva que correspondiera al menor valor entre el precio de oferta de generación en energía en el Despacho Ideal y la declaración de costos de los combustibles utilizados para la Generación de Seguridad. En relación con estos últimos costos estableció, con el fin de evitar abusos en la declaración de precios, que estos debían ser sustentables y no podían superar unos máximos establecidos."* Independientemente de las razones regulatorias que motivaron la eliminación de los máximos de precios dispuestos en la Resolución CREG 034, lo que prima, para interpretar razonablemente la norma, es que para su cumplimiento las actuaciones de las empresas se deben situar en lo que es demostrable para cumplir con la regulación, esto es, la sustentabilidad de los costos. Es pertinente mencionar que a quien adecúa sus actuaciones con la regulación vigente no le compete hacer un juicio

Dirección: Calle 100 # 8A – 49 Oficina 603, Bogotá D.C.

Tel: (571) 6228822 – 7450631

www.andeg.org

de valor sobre la norma cuando ella se encuentra dentro de un marco razonable, sino, que debe limitarse a cumplirla y si posteriormente la regulación se ajusta o cambia supone para las empresas una adecuación de la conducta a la luz de la nueva regulación. Esta precisión que puede estar marcada por la obviedad es necesaria para indicar que, pareciera, que el peticionario de investigación busca que se sancione a las empresas por no haber actuado según su errónea interpretación de la regulación cuando la norma es clara y se debe interpretar como lo hace la SSPD en las decisiones de archivo de las investigaciones, la cual es coincidente con el actuar de las investigadas.

3. **Los costos demostrados con contratos se deben calificar como eficientes.** Con la expedición de la Resolución CREG 044 de 2020 se emitieron disposiciones que modificaron la Resolución CREG 034 de 2001, se resalta, para el caso específico el cálculo de los promedios. Este hecho es útil para indicar que lo que genera un cambio a través del tiempo en la manera de demostrar la sustentabilidad de los costos se basa en la misma regulación. Así, si se solicita que se investigue a una empresa previamente hay que delimitar los hechos y la temporalidad en que se materializaron, cotejando la norma vigente con las actuaciones de las empresas, este simple análisis no se observa en las peticiones de investigación, pues pareciera, que la petición busca: i) que los hechos que deben valorarse a la luz de la Resolución CREG 034 de 2001 se valoren como si tuviese vigencia la regulación futura, esto es, la Resolución 044 de 2020; ii) posteriormente se afirma que el problema es la falta de eficiencia en las declaraciones de costos, como si la eficiencia fuera un sinónimo de costos bajos y iii) para terminar manifestando que en las actuaciones empresariales hay un objetivo de distorsión del mercado. Es reprochable que se solicite una sanción acudiendo a una regulación inexistente para una época y desconociendo la que si existió en el momento en que se debe valorar la conducta de una empresa. A lo largo del proceso se ha deliberado prolíficamente sobre el principio de legalidad y tipicidad y es exótico, como ya se indicó, que el peticionario de investigación no parta del simple contenido de la norma vigente para el momento en que se solicita que se investigue una conducta y acuda a interpretaciones erróneas cuando la regulación prevé dos puntos sencillos de entender: i) sustentabilidad de los costos y ii) precios máximos. El segundo punto por sustracción de materia no se debe considerar y la sustentación, como lo indica la SSPD, implica que en la medida en que los agentes demuestren contractualmente los costos, éstos se deben calificar como eficientes.

4. Los contratos son la base de las transacciones entre los agentes regulados.

Otro aspecto que ANDEG resalta es la preeminencia que la SSPD reconoce que tienen los contratos como fuente de prueba de la sustentación de los costos. Este punto es relevante para indicar las siguientes consideraciones: i) se reafirma que los contratos de suministro y transporte se estructuran y suscriben de buena fe, siguiendo criterios de mercado y buscando el mejor beneficio para los usuarios del servicio eléctrico; ii) son bilaterales y suscritos con agentes igualmente regulados como lo son los transportadores y los productores de gas, es decir, las actuaciones de las empresas investigadas no solo se encuentran condicionadas por la misma regulación sino por las actuaciones de su contraparte contractual, quien, también, debe cumplir con la regulación y es sujeto de inspección, control y vigilancia por parte de la SSPD, en ese sentido, la demostración de la sustentación de los costos soportada en los contratos aporta una prueba documental plena que no es del resorte exclusivo de las empresas investigadas, por lo cual, su credibilidad es total y iii) a lo largo de la evolución regulatoria se ha decantado que el contrato es uno de los mejores instrumentos para obtener información sobre el desarrollo regulatorio del mercado, tan es así que existe regulación puntual sobre su contenido, cronologías, posible estandarización y alcance, por lo que es resaltable que la SSPD le otorgue un real peso probatorio dentro del acervo que sustenta la decisión de archivo.

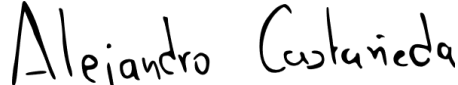
5. No es posible que haya una distorsión del mercado si se cumple con la regulación.

Resulta cuestionable que ante la falta de argumentos para que se revoque la justa decisión de archivo se acuda a la formulación de un nuevo cargo que sustente una investigación. Que el peticionario de investigación le solicite a la SSPD que inicie una nueva investigación soportada en el Artículo 9 de la Resolución CREG 044 de 2022 y en el artículo 23 de la Resolución CREG 80 de 2019 demuestra que el único objetivo que lo motiva es que se sancione, *"a como dé lugar"*, a las empresas investigadas para obtener un incentivo. Sobre el particular presentamos los siguientes comentarios: i) en primer lugar resulta particular que el solicitante de investigación no haya desarrollado este tema en el primer documento radicado en la SSPD, esto denota una falta de lealtad con el proceso; ii) no es a lugar asumir que la SSPD afirme que hay un *"vacío regulatorio"* y que las investigadas lo usan a su favor, como se demostró

en las decisiones de archivo de la SSPD, lo que se ha presentado es una secuencia de hechos que conllevaron a que la sustentación de los costos se pruebe con los contratos suscritos, lo cual, puede no parecerle al peticionario, pero, esto no configura un vacío ni una distorsión en el mercado y al no existir tal distorsión no es posible aprovecharlo, en otras palabras, nadie se puede beneficiar de lo inexistente y iii) los procedimientos sancionatorios deben cerrarse con la decisión en firme que adoptan los organismos de inspección, control y vigilancia. La pretensión de mantener a las empresas con un vínculo de investigación indefinido supone, por lo menos, una falta de rigor jurídico sobre las reglas procesales que rigen una investigación, sobre todo, si se acude a hechos no sobrevinientes, lo cual, entre otros, supone la obligación de formular completa y detalladamente los cargos y hechos materia de investigación y la correspondencia de éstos con la decisión.

Visto lo anterior ANDEG atentamente les solicita que no se revoken las decisiones de archivo emitidas dentro de los procesos indicados en el asunto ni que se trasladen copias para el inicio de una investigación adicional.

Cordialmente,


Alejandro Castañeda Cuervo
Director Ejecutivo